

**Economie
& Institutions**

Économie et institutions

9 | 2006

La protection de l'emploi en question : vers la fin du droit du travail ?

Donner un sens aux litiges du travail

Evelyne Serverin



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ei/393>

DOI : 10.4000/ei.393

ISSN : 2553-1891

Éditeur

Association Économie et Institutions

Édition imprimée

Date de publication : 30 octobre 2006

Pagination : 129-155

ISSN : 1775-2329

Référence électronique

Evelyne Serverin, « Donner un sens aux litiges du travail », *Économie et institutions* [En ligne], 9 | 2006, mis en ligne le 31 janvier 2013, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ei/393> ; DOI : 10.4000/ei.393

Revue Économie et institutions

Donner un sens aux litiges du travail

Tout système politique qui monopolise l'exercice de la force légitime et interdit aux particuliers de se faire justice à eux-mêmes est tenu de garantir au minimum, 1) que tout droit subjectif sera assorti du droit complémentaire d'en réclamer la reconnaissance devant un tribunal, 2) qu'une aide juridictionnelle sera assurée en cas de difficulté d'accès au tribunal, 3) qu'un ordre d'exécution sera délivré et adressé aux titulaires de la force publique dans un délai raisonnable. C'est à des garanties de cet ordre que renvoient les instruments juridiques internes et internationaux qui assurent le droit à un recours effectif¹. Dans le cadre de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce droit se décline en deux obligations principales à la charge des Etats: organiser un tribunal qui puisse « trancher sur la base de normes de droit à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence² » ; permettre un accès concret et effectif à un tribunal. Cette obligation peut nécessiter des mesures positives, « comme l'octroi d'une aide judiciaire gratuite, ou la simplification de la procédure dans les cas où il n'est pas possible à un particulier impécunieux de défendre utilement sa propre cause »³. Le tribunal une fois saisi, le juge est tenu de juger, (article 4 du Code civil)⁴, et

1 Le droit au recours est garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen («Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »), par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,dans son article 13 (« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles »), par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2001 dans son article 47 (« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal (...) »), sans omettre les principes généraux du droit dégagés par le juge administratif, qui reconnaît depuis plus de cinquante ans un droit au recours (CE, 7 février 1947, D'Aillières, 79128, Rec. Lebon).

2 CEDH, Bellilos c/ Suisse, 29 avril 1988 § 64.

3 CEDH, Airey c/ Irlande , 9 octobre 1979 § 24-25.

4 Article 4 du code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

ce devoir de juger est garanti par l'Etat⁵, qui doit protection juridictionnelle à l'individu.

Si la légitimité de ce corps de règles garantissant le « droit à la défense des droits » n'est pas discutée, son usage, exprimé en nombre de cas déférés devant les tribunaux, est diversement apprécié selon la *valeur* que les observateurs accordent aux droits impliqués: s'ils approuvent ces droits (en raison de leur utilité sociale ou économique), la défense judiciaire sera appréciée positivement; si la légitimité des droits est discutée (parce qu'ils déséquilibreraient les rapports contractuels, ou seraient inefficients), les litiges seront affectés d'un signe négatif. Les jugements portés sur le recours tribunal sont donc loin d'être univoques, et peuvent osciller, selon les droits en cause, entre une ardente défense des tribunaux ou une farouche contemption des actions en justice. En ce sens, on ne peut affirmer de manière générale que les économies libérales, ainsi que les autorités qui soutiennent le marché, sont hostiles aux tribunaux. Certaines catégories d'actions en justice sont au contraire l'objet de toutes les sollicitudes de la part des autorités nationales et internationales, parce qu'elles sont considérées comme utiles pour l'achèvement de certains buts liés au marché. Ainsi, les instruments communautaires se sont multipliés pour soutenir les actions en justice des consommateurs « parties prenantes » (qu'elles soient individuelles, ⁶ ou collectives ⁷), et ce jusque dans le domaine réservé du droit de la concurrence⁸, l'insuffisance des recours pouvant

5 L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux de la justice (article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire).

6 Ce point avait été souligné par la Commission dans son premier Livre vert du 11 novembre 1993 : « à tout droit doit correspondre une action destinée à le faire valoir en justice, en contrepartie de l'interdiction de faire justice à soi même ». Point III. D.1 du Livre Vert du 16 novembre 1993 sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique (COM(93)576 final).

7 Des « entités qualifiées » se voient habilitées aux fins d'exercer des actions en cessation au nom de l'intérêt collectif des consommateurs. Transposant cette directive, le code de la consommation (art. L. 421-6, remplacé par l'ordonnance 2001-741 du 23 août 2001), donne aux associations agréées et à certains organismes inscrits sur une liste spéciale, le pouvoir d'agir devant les juridictions civiles « pour faire cesser ou interdire tous agissements illicites au regard des dispositions transposant la directive 98/27/CE ». Le juge peut à ce titre ordonner la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrats proposé ou destiné au consommateur. Ce mécanisme vise à pallier tant l'insuffisance que la dispersion des actions individuelles des consommateurs.

8 « Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante », 19 déc. 2005, Com (2005) 672 final. Ce livre vert a pour but d'examiner les

même devenir un sujet de préoccupation⁹. Dans le même sens, la justice est priée de se faire diligente lorsqu'il s'agit de délivrer des titres exécutoires efficaces pour lutter contre le retard de paiement dans les transactions commerciales¹⁰, d'émettre des titres exécutoires européens¹¹, ou des injonctions de payer européennes au sein de l'ensemble des États membres¹². Au delà du droit communautaire, les rapports internationaux ne manquent pas de vérifier la capacité des États à être des partenaires fiables des entreprises. Le rapport annuel de la Banque mondiale, *Doing Business*, consacre régulièrement un chapitre à la garantie d'exécution des contrats, (*enforcement*), réitérant la demande de juridictions efficaces, de procédures sommaires de recouvrement, la réduction des coûts et délais, et ce pour le plus grand avantage de tous: les auteurs n'hésitent pas à établir un lien entre la qualité de cette justice et le niveau d'emploi, en affirmant qu'il y aurait « 18% de

moyens qui faciliteraient ces actions pour infraction aux articles 81 et 82 du traité CE (règles antitrust communautaires) devant les juridictions nationales, afin de mieux dédommager les victimes et de compléter les activités des autorités publiques. C'est l'action « dans la sphère privée » qui est ainsi encouragée, notamment sur le considérant qu'une « application renforcée du droit par la sphère privée maximisera le respect du droit en complément de son application par la sphère publique, et qu'une application renforcée du droit incitera davantage les entreprises à s'y conformer, ce qui contribuera à maintenir les marchés ouverts et concurrentiels » (p. 8). On ne s'étonnera pas que cette position ait reçu un accueil mitigé de la part des organisations patronales, qui redoutent « une judiciarisation accrue de l'économie ». v. Réponse du Medef au Livre Vert, avril 2006.

9 Ainsi Neelie Kroes, commissaire européen à la concurrence, notait que « la bataille contre les comportements anticoncurrentiels est une de celle que la Commission ne peut mener seule (...) et que les autorités et les tribunaux sont des alliés de poids dans la compétition nationale », tout en relevant que « les consommateurs et les clients sont loin d'exercer pleinement leur droit à réparation pour les dommages subis ». V. le rapport de la Commission *Renforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe*, Commission/IBA Joint conference on EC competition Policy, Brussels, 8th March 2007, p.4.

10 Directive 2000 /35/CE, 29 juin 2000, JO L 200 du 08-08-2000, p. 35. L'article 5 de cette directive invite les États membres à veiller à ce qu'un titre exécutoire puisse être obtenu dans les 90 jours s'il n'y a pas de contestation portant sur la dette ou des points de procédure, sans cependant exiger des États qu'ils prennent des mesures spécifiques sur ce point.

11 Règlement du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, créant un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JO L 143 du 30.04.2004, règlement entré en vigueur le 21 janvier 2005.

12 Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, instituant une procédure européenne d'injonction de payer. JO L 399 du 30.12.2006, règlement applicable à compter du 12 décembre 2008.

travailleurs en moins dans les pays qui disposent d'une faible garantie d'exécution des contrats » (*Doing Business in 2006*, p. 57-64). Pour le Conseil de l'Europe, le CEPEJ (*European Commission for efficiency of justice*)¹³, souligne et approuve la création récente dans différents pays de procédures spéciales pour le traitement des petites créances pécuniaires (*small claims*), dans lesquelles l'intervention du juge est limitée, le traitement automatisé, et la durée réduite (Rapport 2006, p.65).

Cette tonalité favorable est loin d'être partagée dès lors qu'il s'agit d'apprécier le recours aux tribunaux du travail. Certes, en droit communautaire, l'article 24 de la Charte sociale européenne garantit un droit au recours contre tout licenciement sans motif valable devant un organe impartial, et différentes directives sur l'égalité prévoient que les personnes lésées doivent avoir un accès au tribunal. Mais ces dispositions n'ajoutent pas grand chose au droit de recours reconnu par les traditions constitutionnelles et la CESDH. Dans ce domaine, le soutien à l'action en justice n'est pas aussi actif que celui qui est accordé à la consommation ou au recouvrement des créances. S'il en est ainsi, c'est que tous ne s'entendent pas sur la *valeur des droits* accordés aux salariés (I), ce qui induit un *biais pessimiste* dans la lecture des séries statistiques (II). Une rupture est nécessaire pour restituer aux réclamations des parties à la relation de travail leur signification première, qui est *d'actualiser* les droits qui leur ont été alloués (III).

I-Les droits des salariés en débat

Aujourd'hui comme hier, le débat sur le rôle de l'Etat dans l'allocation de droits aux salariés occupe une place centrale dans la littérature sur le travail. Participent à ce débat des juristes, des sociologues et des économistes, et plus récemment, des organismes internationaux qui ont donné un tour normatif aux argumentaires.

1-1 Le thème ancien de l'intervention de l'Etat dans le contrat

L'idée d'un droit du travail « correcteur » des inégalités entre les parties au contrat de louage d'ouvrage est née simultanément dans différents pays qui ont connu un essor industriel, et c'est peu de dire qu'elle ne s'est pas imposée sans mal. S'opposaient les partisans de l'autonomie de la volonté, attachés au droit commun des contrats, et les tenants de l'intervention réglementaire, vouée à protéger la partie économiquement faible de la relation contractuelle.

¹³ Le CEPEJ, qui regroupe 46 experts issus des pays du Conseil de l'Europe, a pour mission de vérifier l'efficacité des systèmes judiciaires et de proposer des instruments de réforme pour accroître l'efficacité du service.

Au 19ème siècle, l'idée qu'on doive recourir à l'Etat pour obtenir plus de justice sociale était contestée par les économistes libéraux, et notamment Herbert Spencer, qui y voyaient une intolérable ingérence. Pour lui, le développement de la réglementation entretiendrait cette opinion *« d'après laquelle le gouvernement devrait intervenir toutes les fois qu'une chose ne va pas bien »*. Il serait bien préférable de laisser faire la coopération par laquelle les individus recherchent individuellement le profit. Car *« plus les contrats sont libres et leur exécution certaine, plus les progrès sont marqués et la vie sociale active »*. Cette liberté est particulièrement nécessaire aux contrats portant sur le travail: *« Les industries, les occupations, les professions, qui pourvoient aux nécessités et aux commodités de la vie d'une société, pour s'exercer sainement et dans des proportions convenables, exigent en premier lieu qu'il y ait peu de restrictions à la liberté des contrats, et en second lieu, que leur exécution soit garantie. (...) la limitation réciproque est la seule source des restrictions qui s'imposent naturellement à l'activité des hommes quand ils se réunissent en société; il ne peut donc y avoir de restrictions aux contrats qu'ils font volontairement: s'immiscer dans ces derniers, c'est empiéter sur les droits à la liberté d'action qui reste à chacun, quand les droits des autres sont complètement respectés »* (Spencer, 1892, p.41 et 150).

Emile Durkheim proposait une toute autre lecture du contrat. D'une part, il est loin d'être une forme « primitive » de la relation sociale: *« l'institution du contrat, tel que nous le connaissons, c'est-à-dire supposant un lien juridique créé par un seul accord de volontés, est très tardive, et elle s'est dégagée lentement du droit purement statutaire »*. D'autre part, le contrat tel qu'il s'est développé, n'est pas purement instrumental mais comporte un élément moral: il établit un lien *« bilatéral et de bonne foi, c'est-à-dire déterminé en tenant compte de l'intention des parties, et surtout, de son caractère équitable »*, et implique qu'il *« ne soit pas un simple moyen d'exploiter l'une des parties contractantes »* (Durkheim, (1950, [1912], p. 231). Cependant, les règles civilistes qui condamnent les contrats *« obtenus par violence »* ne suffisent pas à garantir l'équité, car *« les injustices imposées par la violence ne sont pas les seules qui puissent être commises au cours des relations contractuelles »*. Les contrats *« libres »* peuvent être immoraux de ce point de vue, et l'Etat doit alors intervenir pour introduire la justice dans les contrats. Relèvent ainsi de cette action *« Toutes les règles qui tendent à s'introduire dans le droit industriel et qui ont pour objet d'empêcher le patron d'abuser de sa situation pour obtenir le travail de l'ouvrier dans des conditions trop désavantageuses pour ce dernier »*. Ces règles *« attestent que tout contrat consenti, même quand il n'y a pas eu de violence effective, n'est pas un contrat valable et juste »* (...). *On proteste et l'on dit que l'on confère à l'ouvrier de véritables privilèges. Rien n'est plus vrai en un*

sens; mais ces privilèges sont destinés à contrebalancer en partie les privilèges contraires dont jouit le patron et qui le mettraient en mesure de déprécier à volonté les services du travailleur » (ibid., p. 235-236).

Devant le développement de la législation industrielle, les juristes civilistes ne pouvaient rester à l'écart, et se sont associés, avec plus ou moins d'ardeur, au processus d'intégration des normes du travail dans le système juridique.

La codification de cette législation notamment, apparaissait inévitable, car *« le Code civil n'est que l'ensemble de la législation du capital, il ne s'occupe pas de la législation du travail (...) ce n'est pas le code du travail ni des travailleurs »* (Glasson, 1891). Elle se fera progressivement, par quatre lois promulguées entre 1910 et 1927, la première portant l'intitulé de *« Code du travail et de la prévoyance sociale »* (loi du 30 décembre 1910). D'autres voulaient aller plus loin, et profiter de cette codification pour doter le contrat de travail d'une définition légale distincte de celle du louage de services donnée par le code civil, en assortissant ce nouveau contrat de *« dérogations plus ou moins nombreuses au principe de la liberté des conventions, en édictant des dispositions légales qui ne seraient pas purement interprétatives, mais impératives ou prohibitives, de telle sorte que les parties ne puissent point y déroger »* (Lyon - Caen, 1906, p. 83). D'autres enfin, suivant les suggestions d'économistes soucieux de concurrence internationale, ont suggéré d'étendre ces législations par la voie d'accords internationaux: *« de telles ententes, si elles étaient possibles, auraient le grand avantage d'enlever aux adversaires systématiques de la protection légale des travailleurs un de leurs arguments les plus forts, tiré du danger que la réglementation édictée isolément par un Etat pourrait faire courir aux industriels de cet Etat, placés ainsi dans une situation défavorable par rapport aux industriels de pays non réglementés »* (Pic, 1909, p.133)¹⁴.

Mais tous ne se résignaient pas. La résistance des juristes au *« droit interventionniste »* est illustrée avec éclat par l'un d'entre eux, Georges Ripert, qui s'en prend non seulement au droit du travail, mais à toutes les législations protectrices. Pour Ripert, la société est entrée dans une période de *« protection des faibles »*, d'assistance aux petits, et de lutte contre les forts, avec la limitation légale des droits, la relativité des droits subjectifs, la socialisation des biens. Le grand perdant, c'est le droit du contrat: *« Le déclin du contrat » a pour corollaire l'organisation économique de l'Etat. L'autonomie de la volonté implique que le contrat soit à lui même sa propre fin. Il y a décadence de la souveraineté du contrat. L'Etat intervient non plus pour protéger*

¹⁴ La création de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) en 1919 par le Traité de Versailles viendra répondre à cette demande d'une *« règle du jeu »* en matière de législation du travail.

les volontés des contractants, mais pour les détruire parce qu'il juge que ces manifestations de volonté individuelles sont funeste à l'intérêt général ». Et si cela est, c'est que l'Etat veut aujourd'hui diriger l'économie. Le contrat de travail fait l'objet d'une attaque particulièrement virulente: *« le code civil qui ne contient que quelques règles sommaires sur le louage de services n'a pas vu d'anomalie dans l'échange des consentements. S'il y a dol ou erreur, le code civil y pourvoit »*. En intervenant, le législateur vient rompre ce bel équilibre: *« Il ne s'inquiète pas seulement de la situation d'un malheureux, victime de sa faiblesse ou de son ignorance; il veut protéger en bloc tous ceux qui passent un contrat de travail, surtout au bénéfice de « ceux qui représentent une masse électorale importante, c'est-à-dire les ouvriers de l'industrie »*. Pas à pas, Ripert suit les « dérives » du contrat civiliste de louage de services: *« la loi du 27 décembre 1890 a augmenté les garanties données à l'ouvrier contre le renvoi abusif. Les obligations des parties dans le contrat de travail sont déterminées par une série de lois dont il est impossible de donner même une simple énumération et qui toutes tendent à la protection de l'ouvrier. Et l'Etat fait surveiller administrativement l'application de ces lois »* (Ripert, 1936, p. 192-193).

Combat d'arrière garde? Certes, le principe que la protection légale est due au salarié, dont la situation *« se caractérise par sa faiblesse, par sa subordination en face de l'employeur »*, n'était plus guère discuté en droit (Savatier, 1948, p. 42). Pourtant, le débat de la légitimité du droit du travail est loin d'être clos. Sous des formes renouvelées, la littérature sur le droit du travail, qu'elle soit économique ou juridique, nationale ou internationale, se partage sur cette question, et se cristallise sur l'encadrement juridique du licenciement.

1-2 La « législation protectrice de l'emploi », figure nouvelle d'un débat ancien

C'est aujourd'hui sous les traits de la « législation protectrice de l'emploi » que réapparaît le débat sur les droits, doublement déterminé par les définitions économiques du contrat de travail, et du marché de l'emploi.

1-2-1 Le contrat de travail comme relation d'agence

La plupart des modèles économétriques concernant le contrat de travail ont été construits sur le modèle de la relation « principal-agent ». Dans cette relation *« un agent économique (le principal) délègue son autorité à un agent aux fins d'agir pour son compte »*. Du coup, c'est *« l'agent qui dispose d'un avantage en termes d'expertise ou d'information »*, et le principal qui est défavorisé: *« cet avantage*

informationnel, ou asymétrie d'information, pose un problème pour le principal: comment le principal peut-il être sûr que cet agent a en fait agi au mieux de ses intérêts?» (Miller, 2005, p. 349). Bien que cette définition corresponde en droit à la forme du mandat puisqu'elle se fonde sur le mécanisme de la délégation (comme dans le contrat d'agent commercial), elle est largement utilisée dans la littérature économique pour décrire la relation salariale. L'employeur occupe la position du principal, l'employé celle de l'agent, d'où il résulte que c'est l'employeur, le principal, qui se trouve en position de faiblesse.

Sur ce schéma commun, de multiples solutions sont proposées pour pallier cette asymétrie d'informations : développer les incitations, contrôler directement les actions des agents, ou passer par diverses solutions coopératives (Miller, 2005, *ibid.*). Economistes néoclassiques et institutionnalistes se divisent sur ces solutions. Les néoclassiques tendent à résoudre le conflit d'intérêt entre employeurs et salariés au profit des employeurs, en considérant que « *le droit ne devrait pas chercher à contrôler les circonstances dans lesquelles un salarié est licencié, parce qu'il en résulterait des coûts supplémentaires pour l'employeur et rendrait plus difficile la poursuite d'une activité productive* ». Les institutionnalistes arguent qu'un certain contrôle sur les licenciements pourrait être bénéfique aux employeurs, d'une part « *parce que cela rendrait les travailleurs plus loyaux, et plus productifs* », d'autre part parce que « *la loi dissuaderait les employeurs de raisonner à court terme, alors que les buts de long terme sont les plus favorables à l'entreprise* » (Davies, 2004, *ibid.*, p.155). Sans tous aspirer au modèle idéalisé de « *l'employment at will* », dans lequel l'employeur peut licencier à tout moment et pour tout motif (Epstein, 1984), les économistes partagent le même présupposé: la relation de travail est source d'incertitudes pour l'employeur, et la législation qui l'encadre lui est nécessairement défavorable.

1-2-2 Un modèle du marché du travail

Le modèle néoclassique du marché du travail vient compléter le tableau. De plus en plus, la législation du travail est pensée à l'intérieur de ce modèle, univers concurrentiel où l'offre et la demande de travail s'égalisent après ajustement des salaires. Dans cet espace virtuel, qui connaît un mouvement permanent de destruction et de création d'emplois, la vitesse de rotation des emplois caractérise la flexibilité du marché (Cahuc, Gerard-Varet, P. Morin, 1994). Toute législation qui s'oppose à des destructions considérées comme naturelles freine mécaniquement la création d'emplois, par un mécanisme qui prend la forme d'un cercle vicieux: « *le surcoût induit par le maintien d'effectifs peu rentables, que les entreprises détruiraient spontanément en l'absence de contrôle, réduit*

la rentabilité anticipée sur les emplois nouveaux, qui peuvent devenir eux-mêmes, dans le futur, des emplois non rentables protégés par la réglementation » (Cahuc et Kramarz, 2005, p.71). L'ombre de ce modèle plane même sur les économistes hétérodoxes et nombre de juristes. Dans une note de la Fondation Saint-Simon, reprise dans la revue *Droit social*, des auteurs suggéraient de redéployer la législation du travail pour prendre acte de l'instabilité de l'emploi, au motif que dans les économies contemporaines, les salariés soumis à la flexibilité de marché constituerait la majorité (Beffa, Boyer, Touffut, 1999). Sans aller jusqu'à demander la réduction du coût du travail, les rapports Boissonnat (1995), et Supiot (1999), suggèrent de favoriser en permanence l'adaptation qualitative de la main d'oeuvre. Supiot propose notamment de « *construire un état professionnel des personnes qui combine flexibilité de l'emploi et sécurité au-delà de l'emploi* », en ajoutant que « *les interruptions de carrière et les réorientations d'activité doivent être intégrées comme les conditions normales de cet état professionnel* » (p. 298). Comme le fait remarquer Christophe Ramaux, le cadre économique de ces préconisations reste ambigu, avec une problématique de type *insiders / outsiders*, où « *l'exclusion et la précarité des outsiders (ceux qui n'ont pas d'emploi), sont expliquées par le pouvoir et le statut des insiders* ». (Ramaux, 2000, p. 61-86)

Les propositions actuelles de Cahuc et Kramarz sur le contrat unique (2004) sont le dernier avatar de ce modèle. Nul n'ignore plus qu'il s'agit de préconiser la généralisation d'un type de contrat à durée indéterminée, que l'employeur peut rompre à sa guise, en contrepartie d'une indemnité versée au salarié et d'une contribution de solidarité versée aux pouvoirs publics, le tout assorti d'une garantie d'accompagnement personnalisé en cas de perte d'emploi. Le contrat de travail unique « *a pour objet de sécuriser et d'homogénéiser les parcours professionnels en incitant les entreprises à tenir compte de la valeur sociale des emplois, afin d'assurer un véritable droit au reclassement des salariés* ». Le reclassement est totalement externalisé, et la notion de licenciement économique abandonnée (Cahuc et Kramarz, 2005, p.72-82).

Cette volonté de réduire la « *voilure* » des garanties du contrat de travail rejoint l'attente de « *simplification* » et de lisibilité du droit du travail (de Virville, p.14 et s.). Elle se retrouve dans la démarche suivie dans la recodification du code du travail, qui laisse croire qu'un texte peut être suffisamment clair pour s'affranchir de tout risque d'interprétation et de litige (Fabre et Grévy, 2006, p. 362-369).

Du point de vue normatif, on peut imputer à ces thèses, au moins en partie, la création des deux contrats « *nouvelles embauches* », ou CNE, (ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005, article 2), et « *première embauche* », (article 8 de la loi no 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances « *remplacé* », par la loi

n°2006-457 du 21 avril 2006). Le CNE, encore en vigueur, est réservé aux employeurs qui emploient au plus vingt salariés. Il est conclu sans détermination de durée et par écrit, et reste soumis au code du travail à l'exception, pendant les deux premières années de sa conclusion, des articles L. 122-4 à L.122-11 et les articles L. 122-12 à L. 122-14-14 (procédure et indemnités en cas de rupture du contrat de travail, à l'initiative de l'employeur ou du salarié, hors modification de la situation de l'entreprise), et des articles L. 321-1 à L. 321-17 du code du travail (licenciement pour motif économique). On retrouve dans la liste des règles évincées celles qui ont trait aux motifs du licenciement d'une part, au coût de la rupture de l'autre, dispositions traditionnellement considérées comme des obstacles à la création d'emplois, et régulièrement fustigées dans les rapports publics.

1-2-3 L'internationalisation d'un modèle

Ce débat a pris une dimension internationale avec la construction d'indicateurs permettant de classer les pays selon le degré de protection que leur législation apporte aux salariés. L'OCDE a été la première organisation à construire ces indicateurs, avec ses *Perspectives de l'emploi*, mises en place en 1999¹⁵. Sans entrer dans la lecture critique de cette construction, menée par ailleurs dans ce numéro (Kirat, 2007), on remarquera que la législation du travail est présentée, par *construction*, comme une *perturbation* d'un système idéal qui ne comporterait aucune règle. Pour chaque disposition allouant un droit aux salariés, le pays est noté 0 si la règle est absente, et reçoit des points selon une échelle qui va jusqu'à 6 en fonction de l'importance de ces droits. Plus la notation totale est élevée, plus la législation du pays est considérée comme rigide. Certes, l'OCDE admet la légitimité économique de la législation de protection de l'emploi (Kirat, 2007). Cependant, le bilan coût/avantage de la législation est présenté de manière très défavorable: « *Comme la plupart des réglementations du marché du travail, la législation sur la protection de l'emploi (LPE) a été introduite dans le but d'améliorer les conditions d'emploi et d'accroître le bien-être des travailleurs. Toutefois, ces avantages accordés aux salariés ont un coût pour les entreprises, lequel est susceptible de freiner les décisions d'embauche. Les travaux existants suggèrent en effet que la LPE est un instrument à double tranchant. Au titre des bénéfices que*

15 Trois indicateurs figurent au sein de l'indicateur synthétique de rigueur de la LPE depuis 1999, la protection des travailleurs réguliers ou permanents contre les licenciements individuels, les procédures particulières contre les licenciements collectifs et la réglementation touchant l'emploi temporaire.

l'on pourrait en attendre, sont par exemple cités les avantages présentés par des relations d'emploi durables entre employeurs et salariés, devant notamment favoriser la formation en emploi. Parmi les effets pervers évoqués, figure la crainte que les salariés embauchés en contrat à durée indéterminée bénéficient d'une plus grande sécurité de l'emploi au détriment des catégories de main-d'oeuvre restées en dehors du « noyau dur » du marché du travail. En outre, la protection de l'emploi peut réduire la capacité des entreprises de s'adapter à un environnement en proie à des mutations rapides sous l'effet de la mondialisation, des évolutions technologiques et des changements organisationnels qui en résultent (OCDE 2004, p.67). En 2005, l'OCDE pointait du doigt la législation française, en raison des « procédures de licenciement, très restrictives, inscrites dans le code du travail pour les contrats permanents », et de la complexité de la procédure à suivre en cas de licenciement économique, qui « renchérit considérablement le coût du licenciement pour l'employeur » (OCDE, 2005, p.106 et s.). Mais heureusement pour le rang de la France, en 2007, la même organisation saluait favorablement l'instauration du CNE, « mécanisme d'exclusion de certaines mesures de protection de l'emploi en fonction de la taille de l'entreprise » (OCDE, 2007, p.23).¹⁶

La Banque Mondiale va plus loin, et n'hésite pas à associer LPE et pauvreté: selon elle, *«une réglementation du travail rigide est associée à davantage de pauvreté dans les régions développées»,* et dénonce le fait que *« lorsque des réformes sont entreprises, elles sont souvent fortement contestées par les syndicats et souvent tournent court ou sont révisées »* (Doing Business 2004, p. 30 et 37). L'index de « rigidité de l'emploi » qu'elle établit, quoique différent de celui de l'OCDE, répond à la même logique: il est établi à partir de trois sous-indices (difficulté de recrutement, de licenciement, du temps de travail), chacun d'entre eux prenant une valeur entre 0 et 100, les valeurs les plus élevées étant l'indice de la régulation la plus rigide (Doing Business 2006, p.80). Sur le fond, la Banque mondiale adresse à cette législation protectrice le reproche rituel de *« segmenter le marché du travail, en favorisant les insiders (la plupart du temps des hommes avec des années d'expérience sur le travail), au détriment des outsiders (travailleurs jeunes, femmes et peu qualifiés), qui se trouvent poussés dans le secteur informel »*. La demande de modification des législations se fait pressante, avec le regret que *« les réformes dans le domaine de la réglementation de l'emploi et de la sécurité sociale visant à accroître la flexibilité du marché du travail peinent à s'installer »,* et les récits édifiants se succèdent pour

¹⁶ Il est à noter que si cette innovation n'a été signalée qu'en 2007, c'est en raison de la conception de l'indicateur, qui ne tient pas compte des entreprises de petite taille.

montrer que ces législations sont défavorables à ceux qui aspirent à un emploi, comme les jeunes et les femmes diplômées (Doing Business 2006, p. 21 et s).

Le mouvement de suppression ou de neutralisation des droits, assorti de mesures présentées comme compensatoires, (d'où l'oxymore de « flexicurité »), n'en est qu'à ses débuts. Mais il accoutume les esprits à l'idée que les droits sont nocifs, et par voie de conséquence, que leur revendication contentieuse est illégitime.

II- Le procès du travail en procès

La critique des contentieux du travail ne fait que prolonger cette mise en cause des droits. Certes, l'attaque du droit d'accès au tribunal n'est pas frontale, et ne peut l'être en présence des garanties conventionnelles, au premier rang desquelles figure la Convention 158 de l'OIT du 22 juin 1982, relative à la « Cessation de la relation du travail à l'initiative de l'entreprise ». Les articles 8-1, 9 et 10 de cette convention reconnaissent le droit pour un travailleur licencié d'exercer un recours juridictionnel, ainsi que la possibilité pour le juge d'examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement, et, le cas échéant, d'accorder réparation au salarié. Les argumentaires passent donc par des voies détournées, qui relèvent de deux genres: la critique de l'*efficience* du tribunal, la dénonciation des *excès* des recours.

2-1 L'efficience de la justice du travail en question

Les tribunaux du travail sont discutés dans leur légitimité, et concurrencés dans leur mission par la proposition de multiples formules alternatives.

2-1-1 La légitimité des juges du travail en discussion

Cette mise en cause ancienne resurgit de manière sporadique.

En France, la croissance continue du nombre de conseils de prud'hommes depuis 1806 avait déclenché une réaction d'hostilité. Au nom de l'unité de juridiction, certains juristes avaient demandé leur suppression, arguant de l'absence d'indépendance de leurs membres, et réclamant le retour des tribunaux de droit commun (Sauzet, 1889, p. 45). Une variante moderne de cette mise en accusation est le grief de partialité, élevé pour la première fois dans un arrêt du 19 décembre 2003 (Soc, Bull. V, 2003, n° 321, p. 323). L'attaque était prise au sérieux, et pour rejeter le pourvoi, la Chambre sociale invoquait une série de critères garantissant l'impartialité de la juridiction prud'homale: *“la composition paritaire des conseils de prud'hommes, la prohibition d'ordre public de tout*

mandat impératif, la faculté de recourir à un juge départiteur extérieur aux membres élus et la possibilité, selon les cas, d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation". Un cran était franchi avec une procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime de tout un conseil de prud'hommes. Devant la deuxième chambre, l'employeur, demandeur au pourvoi, affirmait que « *l'origine sociale de ses membres (deux employeurs, et deux salariés), n'est pas compatible avec le droit à un tribunal impartial* » (Civ. 2ème, 20 oct. 2005, Bull.2005 II n° 271 p. 240). Si le pourvoi était rejeté, avec le même attendu que la Chambre sociale, il n'est pas sans faire écho, à un siècle de distance, à la demande de suppression pure et simple des conseils de prud'hommes.

La Banque mondiale a brandi la même accusation, cette fois contre l'échevinage. Dans son rapport pour 2004, elle relève que dans de nombreux pays, « *encore récemment, les représentants des organisations de salariés et d'employeurs siégeaient fréquemment en jury, aux côtés de juges professionnels. Cette pratique a souvent conduit à prolonger les procédures judiciaires et à des difficultés à atteindre des compromis* ». Comme souvent, un exemple édifiant vient illustrer le propos: « *Au Brésil, avant 1999, un nombre égal de représentants de syndicats et de groupements d'employeurs étaient juges auprès du Bureau de conciliation du travail, des cours régionales du travail et de la cour suprême du travail. Les litiges duraient près de trois ans. En 1999, cette pratique a été supprimée, et seuls des juristes professionnels pouvaient devenir juges du travail. De la sorte, les juges disposaient d'une longue durée d'exercice, qui réduisait le risque de subir des pressions politiques. En 2001, le temps nécessaire au traitement des litiges a été réduit de moitié* » (*Doing Business in 2004*, p.30 et s.). Compte tenu du peu de confiance qu'il convient d'accorder aux données utilisées par cette organisation en matière de justice (Haravon, 2006), on ne dira rien de l'exemple sur le fond. Mais il en dit long sur l'idéal de la Banque Mondiale : un contrat de droit commun, débattu devant des juridictions de droit commun.

2-1-2 La promotion de solutions alternatives

L'évitement du tribunal est également au programme.

L'arbitrage figure en bonne place, comme toujours quand il s'agit de parler de justice en économie. Il y a bien sûr l'argument d'économie des coûts de transaction induits par la longueur des procédures judiciaires (Williamson, 1986). La préconisation reçoit d'autres soutiens, plus inattendus. Au nom du principe de prévalence du droit contractuel sur le droit réglementaire, Barthélémy et Cette ont soutenu que: « *la gestion des conflits doit pouvoir échapper, grâce au recours à l'arbitrage, aux juridictions de*

droit commun, à condition d'être organisées par accord collectif majoritaire » (2006, p.31). Sans aller aussi loin, le rapport provisoire du COE propose, « *pour limiter le phénomène de judiciarisation* », de « *pouvoir créer par accord collectif, non pas des possibilités de se substituer au juge, mais des formes de discussions préalables, du type arbitrage ou conciliation, qui reposeraient sur les partenaires sociaux* ». (COE, mars 2007, p.90).

D'autres propositions visent à « étouffer dans l'oeuf » les litiges en plaçant des procédés de règlement alternatifs très en amont, sur les lieux mêmes du travail. Commentant les premières données relatives aux litiges du travail dans différents pays, l'OCDE proposait tout à la fois une explication, et une solution aux différences constatées: « *le fait le plus marquant qui émerge du tableau (...) est sans doute que, dans les pays pour lesquels l'information est disponible, la plupart des conflits du travail sont résolus au moyen de la conciliation. L'accord peut intervenir entre les parties avant même qu'un recours ait été formé, ou bien être passé en cours d'instruction, le différend étant ainsi réglé à l'amiable avant que le tribunal ait rendu un jugement* » (OCDE, 2004, pp. 66-136, tableau pp. 74-75).

Relayée ensuite par Pierre Cahuc et Francis Kramarz dans leur étude, cette explication est affinée: la France souffrirait d'un « *aménagement insuffisant des possibilités de conciliation au sein de l'entreprise* » (rapport 2004, pp.153-154).

En 2006, les orientations de l'OCDE se font plus vagues, tout en confirmant la défiance à l'égard du tribunal: « *Depuis 1994, on en sait plus sur la façon dont il convient de réformer la LPE concernant les contrats à durée indéterminée tout en préservant une protection adéquate des travailleurs. Il est en particulier essentiel de rendre la réglementation plus prévisible et de réduire le degré auquel la LPE entraîne une rotation inefficace de la main-d'oeuvre : les retards longs et variables qui caractérisent parfois les procédures administratives et judiciaires via lesquelles la LPE est mise en oeuvre peuvent constituer une source importante d'incertitude et de lenteur. L'expérience récente des Pays-Bas montre bien que les employeurs peuvent préférer des indemnités de licenciement en moyenne plus élevées à des procédures administratives et judiciaires plus lentes et plus incertaines* » (OCDE, 2006, p. 103).

Mais la réalité est têtue: tous les jours, des tribunaux sont saisis et jugent. Il n'y a plus qu'à contester leur action.

2-2 Des actions en justice contestées

L'intervention du tribunal dans les litiges fait l'objet d'une double réfutation: leur intervention serait excessive en nombre, et inappropriée en droit.

2-2-1 Des excès allégués

Le recours au tribunal étant un droit, les auteurs n'osent pas mettre en cause la légitimité des actions, mais en dénoncent les « excès », à grand renfort de « quantificateurs » adverbiaux (*de plus en plus, trop de, plus de*). La relation de travail serait affectée par une dangereuse augmentation de la litigiosité, phénomène diversement qualifié « d'explosion contentieuse » (Naulin, 1998), « d'intervention grandissante des tribunaux » (Camdessus, 2004, p.98), de « montée inexorable du contentieux » (de Virville, 2004, p.18)¹⁷, ou de « multiplication des recours juridiques » (Cahuc et Kramarz, 2004, p.154). De manière plus surprenante, le Conseil d'orientation de l'emploi impute « *le niveau important de recours au juge dans les cas de licenciement de salarié pour motif personnel (...) moins « à la rigueur de la loi qu'à une tendance sociale à la judiciarisation* » (COE, mars 2007, p.62).

Ces assertions ne sont pas de simples généralités sans conséquence. Elles accréditent l'idée que le recours au tribunal a atteint des proportions « anormales », mettant l'employeur dans une situation de « risque contentieux » insupportable, qui serait source d'une « inhibition à l'embauche ». On sait quelles conséquences normatives peuvent être tirées de ce genre d'affirmation. Il faut donc prendre le temps de les réfuter.

On observera d'abord qu'on ne voit rien dans les rapports précités qui vienne au soutien de déclarations aussi péremptoires, soit que les auteurs ne citent aucun chiffre (rapports Naulin et Camdessus), soit qu'ils se réfèrent à une variation infime entre deux années (rapport de Virville), soit qu'ils s'appuient sur les chiffres d'une seule année (rapport Cahuc-Kramarz).

On peut le comprendre, dans la mesure où les données disponibles, apparemment méconnues des auteurs, ne vont dans ce sens. Dans une publication antérieure (Serverin, 2006), en nous fondant sur une exploitation fine des sources statistiques de la justice (Munoz-Perez, Serverin, 2005), nous avons montré que, non seulement le diagnostic concernant la France ne reposait sur aucune donnée, mais que la tendance observée était strictement inverse. Sur la période 1993-

¹⁷ Il est à souligner que ce commentaire alarmé assortissait le constat d'une augmentation de... 2,3% du nombre d'affaires devant les conseils de prud'hommes, entre 2001 et 2002.

2004, le contentieux prud'homal avait accusé une *baisse* de 7,3% (Munoz-Perez, Serverin, p. 12-13). Après un nouveau fléchissement du contentieux en 2005, la baisse a été portée à 9,6% (Serverin, 2006, p.44). Il faut se reporter vingt ans en arrière pour trouver un effectif aussi faible (202.658 demandes en 2005, 191 676 affaires en 1984). Sur plus de vingt ans (1984-2005), l'effectif brut des affaires n'a crû que de 5,7%. Autrement dit, il est demeuré quasiment stable, stabilité qui est une des caractéristiques du contentieux prud'homal sur très longue période (Carrasco, Jeammaud, 1992). Surtout, un argumentaire fondé sur des effectifs bruts ne peut utilement illustrer des « tendances » contentieuses. Il faut pour cela calculer des taux de recours. Comme on le verra plus loin, ces taux de recours ont connu une forte baisse en dix ans. Un tel recul de l'action en justice soulève de nombreuses questions quant aux circonstances qui incitent à ne pas agir en justice (Blankenburg, 1996). En l'état des sources, il n'est pas possible de savoir ce qui a contribué à ce recul. Il serait néanmoins légitime de s'en inquiéter, dans la mesure où cette désaffection peut être le signe d'une perte de valeur des droits habituellement invoqués en justice.

2-2-2 Des décisions contestées d'un point de vue économique

L'argument de *l'excès de recours* est relayé par celui de *l'incompétence* des juges en matière économique. Cette fois, ce ne sont pas les tribunaux du travail, mais les juges des cours suprêmes qui sont visés, et plus précisément leur jurisprudence relative aux licenciements consécutifs aux réorganisations des entreprises. Pour Blanchard et Tirole, « *le rôle du juge en matière de licenciement économique devrait être seulement de vérifier, si le salarié en fait la demande, qu'il ne dissimule pas un licenciement pour faute ou pour démission, ou qu'il n'est pas motivé par une discrimination* ». Par contre, « *les juges ne doivent pas se substituer au jugement de l'entreprise dans sa gestion, car ils n'en ont ni la compétence, ni en général l'information nécessaire, sans mentionner le manque de critères précis guidant leur intervention* » (2003, p. 10). Cette critique fait écho à celle que R. Coase formulait à l'encontre des tribunaux: « *le raisonnement employé par les tribunaux dans la détermination des droits est souvent étrange pour un économiste, parce que nombre de facteurs sur lesquels reposent les décisions sont, pour un économiste, irrelevants* » (Coase, 1960).

La cible de Cahuc et Kramarz est plus précise. Selon eux, la Cour de cassation aurait « *élaboré une jurisprudence qui interdit aux entreprises de licencier pour « améliorer » leur compétitivité ; elles ne peuvent licencier que pour « sauvegarder » la compétitivité* » (2004, p. 69).

Sont cités et visés directement les attendus des deux arrêts de principe de la Cour de Cassation du 5 avril 1995, interprétant l'art. L. 321-1 du code du travail (issu de la loi du 2 août 1989): « *constitue un licenciement pour motif économique le licenciement résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques, à des mutations technologiques ou à une réorganisation. Une réorganisation, non liée à des difficultés économiques ou technologiques, ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité et non pour l'améliorer* »¹⁸. La notion de « sauvegarde de la compétitivité » est depuis devenue pour nombre d'économistes le symbole de toutes les dérives jurisprudentielles. Il n'est pourtant pas difficile de démontrer que cette analyse est biaisée.

D'une part, si on veut bien se rappeler que l'art. L. 321-1 ne reconnaissait expressément comme licenciements économiques que ceux « *résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* », on aurait pu tout aussi bien dire que la Cour de cassation avait fait de la réorganisation un motif économique légitime. Telle était l'analyse de G. Lyon-Caen: « *L'arrêt ne permet pas de justifier les licenciements par l'amélioration de la compétitivité, c'est son aspect restrictif, mais il ouvre la porte à des licenciements structurels* » (Lyon-Caen, 1995).

D'autre part, et surtout, il y a malentendu sur la portée de l'action du juge. Il ne s'agit nullement de leur donner le pouvoir de *substituer* leur décision de gestion à celle des employeurs, mais seulement d'apprécier la décision prise. Les employeurs restent maîtres de leur décision de réorganisation, et les licenciements décidés dans le cadre de cette réorganisation, même annulés par les tribunaux¹⁹, produiront leur plein effet et se résoudront la plupart du temps en dommages-intérêts.

Quoi qu'il en soit de sa pertinence, le reproche « d'incompétence » adressé aux juges a laissé des traces. On peut prendre comme une tentative de justification le développement de la pratique de la Cour de cassation de communiquer sur ses arrêts par voie de presse (Guionard, 2006, p.222), notamment lorsque ces

18 Soc. 5 avril 1995, pourvois n° 93-42.690 et n° 93-43.866, Bull. V, n° 123 p. 89.

19 Ce qui arrive dans quelques cas, notamment lorsque la procédure de licenciement est annulée. Cette nullité entraîne alors celle des licenciements prononcés à l'issue de la procédure. Soc. 13 février 1997, arrêts dits Samaritaine, (deux arrêts), Bull. V n° 63 p. 43, n°64 p. 45.

arrêts se présentent comme une concession aux exigences des entreprises (arrêts du 11 janvier 2006, dits « Pages jaunes »²⁰).

III- Observer le droit du travail en perspective contentieuse

L'exercice de réfutation, s'il est salubre, ne peut se suffire à lui-même. Nous considérons que les litiges du travail sont une des clés de compréhension et d'évaluation de la place du droit du travail dans une société donnée, et que de nouvelles hypothèses sont nécessaires de redonner un sens à leur observation.

3-1 De nouvelles hypothèses sur les litiges du travail

Saisir le droit du travail dans une perspective contentieuse revient à s'interroger sur les circonstances *objectives* qui font que, dans le cadre du contrat de travail, le tribunal peut devenir un lieu de passage nécessaire pour l'une ou l'autre des parties. Dans cette définition, les « parties » sont identifiées comme des porteurs de droits, et le « tribunal » comme le lieu où ces droits s'actualisent. En introduisant la dimension des droits, nous nous démarquons des modèles économiques, fort nombreux, qui s'appliquent à la *décision* individuelle de recourir au tribunal, et qui en modélisent la dimension « psychologique » (Doriat-Duban, 2000). Pour éviter la confusion, acteurs et actions doivent être désignés dans les termes des droits qui les définissent: ce ne sont pas des « plaideurs », et encore moins des « joueurs » qui se font face. Ce sont des employeurs, des salariés, des syndicats, des mandataires de justice, chacun occupant une position soutenue par des droits propres. Il ne s'agit pas de nier l'existence de « calculs » de la part de ceux qui agissent en justice, mais de prendre ces calculs comme un *effet* des règles: *le sujet est calculé par le droit avant de calculer ses propres droits*.

Les variables à rechercher s'en trouvent sensiblement modifiées. On peut illustrer la différence des méthodes en prenant pour exemple le modèle microéconomique proposé par Burgess, S., Propper, C., Wilson, D. (2001, p.1), pour expliquer la croissance des litiges du travail en Grande Bretagne de 1972 à 1997. Ce modèle a été établi à partir des variables qui sont susceptibles *d'influencer* la

20 Soc. 11 janvier 2006, pourvois n°04-46201, Bull.V n° 10 p. 7, et n° 05-40977, Bull. V, n° 123 p. 89. Aux termes de ces arrêts, « repose sur un motif réel et sérieux le licenciement pris en anticipation des difficultés économiques prévisibles et mis à profit une situation financière saine pour adapter ses structures dans les meilleures conditions à l'évolution technologique de ses produits et de son environnement concurrentiel ».

décision d'agir, sans référence aux caractéristiques juridiques. A l'issue de l'analyse, les auteurs retiennent que ce sont les variables « économiques » qui fournissent la meilleure explication de la hausse. Parmi elles, et pour tous les types d'affaires, les *taux de réussite observés devant les tribunaux* joueraient un rôle important. Ces taux étant en augmentation, les demandeurs seraient incités à agir. C'est donc une hypothèse d'optimisme du demandeur qui est mobilisée, sans que les raisons de cette augmentation du taux de réussite soient recherchées. Cette explication fait totalement abstraction des variables juridiques, de fond et de procédure, qui modèlent le procès du travail en Grande-Bretagne. Si on intègre ces variables, le modèle explicatif se transforme. On observe que l'accroissement du nombre de demandes suit celui du nombre de droits nouveaux alloués aux salariés, qui fondent de nouveaux motifs d'actions. Comme la connaissance des litiges sur ces droits a été attribuée aux *Employment tribunals*, il n'y a rien d'étonnant à ce que le nombre des demandes ait crû. Par ailleurs, la formalisation croissante des procédures de traitement des litiges sur le lieu du travail a contribué à alimenter des revendications (contrairement à ce qui est souvent affirmé), lesquelles, dans le contexte d'affaiblissement des *trade unions*, prennent une forme individuelle plus que collectives (Serverin, 2007).

Pour restituer le sens des actions, il faut les considérer comme le *produit d'une* combinaison de règles, substantielles (types de droits alloués aux parties, « valeur » des prétentions), et procédurales (facilité d'accès au tribunal, coût d'accès à une défense professionnelle, contraintes liées à la forme de la procédure). Observer le droit du travail en perspective contentieuse, c'est finalement *comparer les droits revendiqués aux droits ouverts*, et chercher dans l'évolution de ces derniers l'explication de l'évolution des taux de recours.

Il ne faut pas se dissimuler la difficulté de l'entreprise. Nombre de variables juridiques pertinentes font défaut dans les systèmes statistiques. Mais il en reste de nombreuses, encore inexploitées, dans les répertoires statistiques des tribunaux. C'est en se fondant sur ces sources, et notamment, pour la justice du travail en France, sur le *Répertoire général civil* des conseils de prud'hommes, qu'il est possible de construire de nouvelles observations.

3-2 Renouveler les observations

Réintégrés dans leur cadre juridique, les procès prennent un sens nouveau, tant à l'égard des droits engagés dans les litiges, qu'en termes de taux de recours et de résultat.

3-2-1 La valeur des droits litigieux

Dans une relation contractuelle de travail marquée par le pouvoir de direction du chef d'entreprise, la nécessité de saisir le tribunal en cas de litige n'est pas égale pour l'employeur et le salarié. L'employeur dispose du pouvoir de prendre des décisions à effet immédiat, et n'a nul besoin de recourir au tribunal, sauf dans certaines situations limitées où le salarié a pris une initiative préjudiciable à l'employeur (occupation des lieux de travail, brusque démission, non respect d'une clause de non concurrence, non respect d'un contrat d'apprentissage). A l'inverse, les salariés, les groupements professionnels et les instances représentatives du personnel, qui veulent contester le bien fondé ou les modalités des décisions patronales (sanctions disciplinaires, licenciements individuels ou collectifs, décisions sur l'organisation du travail, sur la rémunération...), et ont épuisé les voies de règlement transactionnelles ou les actions collectives, doivent se tourner vers les juridictions compétentes s'ils entendent contester la décision de l'employeur. On peut donc s'attendre à voir les litiges concentrés là où l'action est juridiquement nécessaire pour mettre en oeuvre les droits, et là où ces droits sont assortis de la valeur la plus élevée. Et c'est bien ce qu'on observe.

Le cas- type de l'action prud'homale au fond est celle d'une *demande individuelle, formée par un salarié ordinaire dont le contrat de travail a été rompu pour motif personnel, et qui conteste le motif de la rupture* (Munoz-Perez et Serverin, 2005). Ce cas de figure représente à lui seul, en 2004, 69,3% de l'ensemble du contentieux prud'homal, et 77,7,% des affaires jugées au fond. Rien d'étonnant à cette situation: la contestation de la cause de la rupture d'un contrat à durée indéterminée permet de réclamer, outre les salaires et indemnités légales ou conventionnelles, des indemnités supplémentaires, soit, pour absence de cause réelle et sérieuse (six mois de salaire au moins pour un salarié de plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise de plus de dix salariés, art. L. 122-14-4 code trav.) soit pour rupture abusive (indemnité calculée en fonction du préjudice subi pour les salariés de moins de deux ans d'ancienneté ou employés dans une entreprise de moins de onze salariés, art. L. 122-14-5 code trav.).

Parmi les variables juridiques qui interviennent dans la formation de la « valeur » des droits, certaines jouent un rôle plus important que d'autres, comme le type de contrat, (CDD ou CDI), l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise. Comme ces variables ne sont pas disponibles dans les systèmes statistiques, le recours à l'analyse de décisions est nécessaire. C'est ce que nous avons tenté dans une étude antérieure réalisée sur un échantillon de 10 072 décisions (Serverin, 2002). Il ressort de cette étude que dans

les décisions où l'information était disponible, 77,8% des contrats rompus étaient des CDI. La majeure partie des recours au fond (54%) était exercé par des salariés dont l'ancienneté était supérieure à deux ans (ibid., p. 111-112), la taille de l'entreprise étant inconnue dans la plupart des cas. L'analyse des sommes réclamées faisait apparaître des montants élevés, notamment dans les décisions au fond: 76% des demandes dépassaient le taux d'appel alors en vigueur (20.500 F., [3125 €]), et la médiane se situait à 57100 F. [8 705 €], soit plus de deux fois ce taux (ibid., p.113-115). Toutes ces variables convergeaient pour indiquer que dans la très grande majorité des cas, les demandes prud'homales qui avaient donné lieu à jugement se situaient dans la frange des droits assortis de la valeur la plus élevée.

3-2-2 Intérêt à agir, intérêt à l'action

Comme nous l'avons indiqué, les effectifs bruts de demandes prud'homales n'informent pas sur la tendance à la revendication des droits. La baisse constatée du nombre d'affaires au cours de la période 1993-2004 n'autorise aucun commentaire à cet égard. Pour parler de tendances, il faut partir des taux de recours, et en suivre l'évolution sur longue période. Notons que ce n'est pas la démarche suivie par l'OCDE en 2004. Les taux ont été calculés sur une seule année, en procédant au surplus à de multiples approximations dans l'établissement de la comparaison entre pays²¹ (Serverin, 2007, p.2006).

Dans notre enquête publiée en 2005, nous avons établi un taux annuel de recours en plaçant au numérateur le nombre de ruptures dont les conseils de prud'hommes ont été saisis,²² et au dénominateur le nombre des demandeurs d'emploi inscrits à l'ANPE à la suite d'un licenciement. Deux taux différents ont été calculés, pour les licenciements économiques, et pour les autres licenciements²³.

21 Faute de données disponibles, l'indicateur n'a pu être établi que pour dix pays. La France figurait en tête des taux de recours (25,3%), le Royaume-Uni et les Etats -Unis en queue (7,1%, et 0,03%).

22 Les séries prud'homales ont été établies en sélectionnant les affaires au fond, liées à une rupture du contrat, qu'il y ait ou non contestation du motif de cette rupture. La nouvelle nomenclature, entrée en vigueur de 2002, précise dorénavant la situation du demandeur vis-à-vis de son emploi.

23 La nomenclature de l'ANPE répartit les motifs d'entrée en onze modalités : licenciements économiques, autres licenciements, démission, fin de CDD, fin de mission d'interim, première entrée, reprise d'activité, autres cas, fin de convention de conversion, fin de PAP anticipé, fin de convention de conversion.

On observe d'abord que le taux de recours sur les licenciements pour motif économique est constamment bas tout au long de la période, avec une légère progression au cours des années récentes (de 1% en 1993 à 2,5% en 2004). Cette faible propension au recours en matière de licenciement pour motif économique est très ancienne. Des taux de 1,2% et de 1,8% avaient été relevés pour les années 1986 et 1987 (Statistiques annuelle 1989, p.22), à un moment où le nombre de licenciements économiques était au plus haut (584 092 en 1986, et 601 951 en 1987). Les autres licenciements donnent lieu à une proportion beaucoup élevée de contestations (jusqu'à 41% en 1998), mais le fléchissement est net à partir de 1999, et l'année 2004 connaît le taux le plus bas de la série (25,8%).

Ce phénomène donne à réfléchir. On a beaucoup écrit que les employeurs redoutaient « l'incertitude » attachée aux licenciements économiques, notamment collectifs (Camdessus, 2004, p.98), et qu'ils seraient incités à dissimuler ces licenciements sous des motifs personnels (Cahuc et Kramarz, 2004). Un tel comportement, à le supposer avéré, serait irrationnel. Si les employeurs choisissaient leurs motifs de licenciement en fonction du risque contentieux, ils devraient éviter les licenciements individuels pour motif personnel, qui donnent lieu à une plus forte proportion de recours. Or ce sont précisément ces licenciements qui se multiplient (Lagarenne, Chr., et Leroux, M., 2006). Si la perspective du recours au tribunal doit exercer un effet, ce ne peut être que dans le sens de l'incitation à effectuer un licenciement dans les règles de l'art. L'employeur ne peut éviter le recours, mais du moins il peut se comporter en sorte de ne pas être condamné. On peut donc penser que, sauf cas de collusion avec le salarié, les motifs allégués sont des motifs réels. Du côté du salarié, la fréquence moins importante du recours contre les licenciements économiques peut s'expliquer par le peu d'intérêt qu'il a à contester un motif « objectif », notamment quand il y a suppression d'emploi, et dans la mesure où il bénéficie au surplus d'indemnités plus élevées. La contestation du motif personnel lui offre davantage d'opportunités de discussion, ce qui peut expliquer les recours plus fréquents. Quant à la décision d'agir ou non en justice après un licenciement, c'est de la valeur des droits engagés dans le litige qu'elle risque de dépendre. A cet égard, la baisse de la fréquence des recours pourrait indiquer une baisse de la valeur de ces droits.

3-2-3 Des actions généralement bien fondées

Les salariés qui agissent devant les conseils de prud'hommes disposent pour la plupart de solides arguments, comme le montrent les résultats de leurs actions. En 2004, 39,7% des demandeurs

avaient obtenu ce qu'ils réclamaient, en tout ou partie, 23,3% avaient conclu un accord, 14,3% avaient abandonné leur action, et seulement 22,7% avaient vu leur demande rejetée ou déclarée irrecevable. Au total, on peut considérer que 63% des demandeurs avaient tiré un bénéfice de leur action devant les premiers juges (Munoz-Perez et Serverin, 2006).

Mais dès qu'une décision est rendue, la situation devient incertaine, en raison du risque élevé de recours: 59,7% des décisions prud'homales rendues en premier ressort en 2003 avaient fait l'objet d'un appel. Les sources statistiques ne permettant pas d'identifier les auteurs des recours (employeurs ou salariés), il est difficile de savoir à quelle situation (réussite ou échec) correspondent ces appels. Tout ce qu'il est possible de relever, c'est qu'à l'issue des recours, les décisions prud'homales sont maintenues en majorité (54,8%), par le jeu combiné des abandons de procédure (26,1% en 2004), et des confirmations totales (28,8%). Le reste se répartit en 30,2% de confirmation partielle, et 15% de réformation totale (Munoz-Perez, Serverin, 2006).

A l'appel, il faut ajouter le pourvoi en cassation. Si le pourcentage de décisions rendues en dernier ressort frappées de pourvoi est faible, plus encore pour les prud'hommes (11,5% des décisions de 2004), que pour les cours d'appel (18,4% des arrêts de 2004), il n'en reste pas moins que le nombre de décisions déférées est élevé (8779 en 2004). Là encore, les recours se soldent par le maintien de la décision antérieure, et ce quelle que soit l'origine des décisions attaquées: en 2004, par le jeu de procédures diverses, plus de huit décisions prud'homales sur dix ont été maintenues, et neuf arrêts d'appel sur dix.

La place de la Cour de cassation dans la chaîne des recours est cependant en passe de changer. Depuis le 1er janvier 2005, les demandeurs aux pourvois doivent constituer un avocat aux conseils, conséquence de l'abrogation, par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, de l'article R. 517-10 du code du travail qui les en dispensait. Les premiers indicateurs statistiques sont venus confirmer ce que le bon sens suggérait: en 2005, en moins d'un an d'effet du décret, une baisse de 30% des pourvois déposés devant la Chambre sociale a été constatée (Rapport annuel de la Cour de cassation, 2006, p. 446). Cette réduction de la base jurisprudentielle, jointe à la contraction du contentieux prud'homal, n'est pas sans risque pour le droit du travail. Si notre hypothèse du rôle dynamique du procès sur les droits est bonne, une réduction de la masse des actions, devant les premiers juges comme devant la Cour de cassation ne peut être considéré comme souhaitable.

Maintenir la tension sur les droits

Le procès est un puissant facteur d'activation des droits, à un double titre: en tant qu'il constitue l'horizon des actions, il contribue à assurer une menace crédible; comme jurisprudence, il stabilise l'interprétation des règles.

D'une part, les tribunaux sont un facteur de confiance dans les relations avec autrui, au sens où ils permettent à chacun de « nourrir des attentes raisonnables » relativement au comportement que les autres vont adopter (Weber, 1986, p.44). Le degré de confiance en autrui dépend de la réputation d'efficacité des tribunaux, c'est-à-dire de leur aptitude à répondre dans des délais raisonnables en cas de défaillance de la relation contractuelle. Si le recours au tribunal est crédible, la partie la plus forte sera incitée à suivre les règles, ou à proposer un règlement transactionnel en cas de litige sur les droits (Melot, 2005).

D'autre part, par le jeu des antécédents, qu'ils soient des précédents d'interprétation ou des précédents de cas (MacCormick et Summers, 1997, p. 536-537), les cours suprêmes fournissent des règles qui guident les intéressés dans leurs actions. Par la publication de la jurisprudence, ces derniers sont informés (directement ou par leurs conseils) de leur chance de voir un juge statuer dans un sens déterminé si l'affaire venait devant eux. Ce mécanisme jurisprudentiel fonctionne de manière relativement autonome par rapport au contentieux, même s'il en procède. C'est en ce sens que nous avons pu écrire que la jurisprudence ne se confond pas avec la somme des décisions rendues par les tribunaux (Serverin, 1985). Il n'est pas nécessaire que le contentieux soit abondant pour qu'une jurisprudence se forme. Si on prend l'exemple du contrat nouvelles embauches, on peut voir que la construction jurisprudentielle est en marche (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 octobre 2006, décision du tribunal des conflits du 19 mars 2007...), alors même que le contentieux reste limité (un peu moins de 700 demandes formées en un an et demi). Quelque précaution d'écriture que prennent leurs auteurs, aucun texte ne peut prétendre échapper à ce processus interprétatif. Pas même le contrat unique, à propos duquel les observateurs lancent déjà un avertissement: « *la probabilité d'une construction d'une nouvelle jurisprudence à vocation protectrice est assez forte, sur la base par exemple de l'abus de droit ou de la lutte contre les licenciements discriminatoires* » (COE, 2007, p.87). La cause en est simple: là où l'intérêt à la règle est grand, là où la défense des droits est bien assurée, le texte le mieux écrit sera discuté, et la jurisprudence trouvera à se déployer. Dans le domaine du droit du travail comme dans bien d'autres secteurs de la vie sociale, contentieux et jurisprudence se complètent pour former l'horizon d'action des sujets de droits.

Bibliographie

- Baffos, R. (1908), *La prud'homie et son évolution*, Paris, LGDJ.
- Banque Mondiale et Société financière internationale (2003), *Doing Business in 2004, Chap. 3, Hiring and Firing workers*.
- Banque Mondiale et Société financière internationale (2004), *Doing Business in 2005, Chap. 3, Hiring and Firing workers*.
- Banque Mondiale et Société financière internationale (2006), *Doing Business in 2007, Chap. 3, Hiring and Firing workers*.
- Barthélémy, J., Cette, G. (2006), « Réformer et simplifier le droit du travail via le rôle accru du droit conventionnel », *Droit social*, n°1.
- Beffa, J-L., Beffa, J-L., Boyer, R., Touffut, J-Ph. (1999), « Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales », *Droit social*, n° 12.
- Bertola, G., Boeri, T., Cazes, S. (2000), « Employment protection in industrialized countries: the case for new indicators », *International Labour Review*, vol. 139, n°1.
- Blanchard, O. Tirole, J. (2003), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du Conseil d'analyse économique, n°44.
- Blankenburg, E. (1994), "La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non recours à la justice", *Droit et Société*, 28, p. 691-703.
- Boissonnat, J. (1995), *Le travail dans vingt ans*, Editions Odile Jacob.
- Burgess, S., Propper, C., Wilson, D. (2001), « Explaining the growth in the number of applications to industrial tribunals, 1972-1997 », Centre for Market and Public Organisation, Department of Economics, University of Bristol, Department of Trade and Industry, Employment relations.
- Conseil d'orientation pour l'emploi (2007), *Rapport d'étape provisoire sur la sécurisation des parcours professionnels*.
- Cahuc, P., Gerard-Varet, L. A., Morin, P. (1994), Politiques d'emploi, *Economie et prévisions, Etudes du marché du travail*, II, n°115, 1994-4.
- Cahuc, P., Kramarz, F., (2004), *De la Précarité à la Mobilité : vers une Sécurité Sociale Professionnelle*, Rapport au Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion Sociale.
- Cahuc, P., Kramarz, F. (2005), "Le contrat de travail unique, clé de voûte d'une Sécurité sociale professionnelle", in *Le droit du travail confronté à l'économie*, A. Jeammaud éd., Dalloz, 2005, p. 55-85.
- Camdessus, M. (2004), *Le sursaut – Vers une nouvelle croissance pour la France*, La Documentation française, Paris.
- Carrasco, V., Jeammaud, A. (1992), « Relations du travail : 200 000 affaires civiles en 1990 », *Infostat Justice*, Ministère de la Justice, n°27.

- Coase, R. (1960), «The Problem of Social Cost», *The Journal of Law and Economics*, oct., vol. III, pp 1-44.
- Conseil de l'Europe (2006), CEPEJ, *European Judicial Systems*.
- Conseil d'orientation de l'emploi (2007), *Rapport d'étape provisoire sur la sécurisation des parcours professionnel*.
- Davies, A.C.L. (2004), *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press.
- Doriat-Duban, M. (2000), *L'analyse économique du règlement des conflits : application au droit civil français*, Thèse Nancy.
- Doriat-Duban, M. (2001), « Alternative Dispute resolution in the french Legal System : an empirical study », in *Law and Economics in civil Law Countries*, B. Deffains et Th. Kirat eds, The Economics of legal relationships, Vol. 6, JAI, Elsevier Science, pp 183-199.
- Durkheim, E. (1950) *Leçons de sociologie*, Quadrige, PUF.
- Epstein, R.A (1984), « In defense of contract at will », *The University of Chicago Law Review*, 51, p.947.
- Fabre, A., Grevy, M. (2006), « Réflexions sur la recodification du droit du travail », *RDT*, Etudes, p. 362-369.
- Glasson, E. (1891), *Le code civil et la question ouvrière*, Paris.
- Guionard, F. (2006), Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation, *RDT*, p. 222.
- Haravon, M. (2006), « Le rapport Doing Business de la Banque Mondiale: le mirage des classements pour mesurer l'efficacité de la justice civile », *JCP*, éd. Entreprises et affaires, n°38, p.1571-1577.
- Kirat, Th. (2007), « Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question », *Economie & Institutions*, ce numéro.
- Lagarenne, Chr., et Leroux, M., (2006), « Les licenciements en 2003: trois fois plus nombreux pour motif personnel que pour des raisons économiques », *Premières informations, premières synthèses DARES*, n° 11.1.
- Lyon -Caen, G. (1995), « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », *Dr. Soc.* p. 489.
- Lyon-Caen, Ch. (1906), « La législation doit-elle s'occuper du contrat de travail? », *Journal des économistes*, Oct.-déc. 1906, 6e sér. / T. XII / 65e année, p.80-94.
- MacCormick, N., Summers, D. Robert S., (1997), *Interpreting precedents*, Ashgate, Dartmouth.
- Melot, R., (2005) « Les transactions lors de ruptures du contrat de travail », *Travail et emploi*, n°104, p. 85-95 .
- Miller, G.J. (2005), « Solutions to Principal-Agent Problems in Firms », *Handbook of New Institutional Economics*, Cl. Ménard and Mary M. Shirley eds, Springer, p.349-370.
- Naulin, G. (1998), *Prévention et résolution des conflits du travail*, Conseil économique et social, Paris.

Munoz Perez, B., Serverin, E. (2005), *Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993-2004*, Ministère de la justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Cellule étude et recherches.

OCDE, (2004), *Perspectives de l'emploi 2004*.

OCDE, (2005), *Perspectives de l'emploi 2005*.

Pic, P., (1909), *La protection légale des travailleurs et le Droit international ouvrier*, Paris, Félix Alcan.

Ramaux, C., (2000), « Stabilité de l'emploi : pour qui sonne le glas ? », in, *Le bel avenir du contrat de travail?*, Coutrot T. et Ramaux C. (éds.), Paris, Syros, p.61-86.

Rapport annuel de la Cour de cassation (2006), *L'innovation technologique*, La documentation française.

Ripert, G., (1936), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ.

Sauzet, M. (1889), *Les juridictions des conseils de prud'hommes*, Paris.

Savatier, R., (1948), *Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz.

Serverin, E., (1985), *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, PUL, coll. Critique du droit.

Serverin, E., (2002), « Les litiges du travail au temps du jugement prud'homal », *Revue nationale des Barreaux*, n°66/67, p. 67-167.

Serverin, E., (2004), « Des fonctions économiques des tribunaux », *Economie & Institutions*, n° 4, p. 95-126.

Serverin, E., (2006), « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », *RDT*, Dalloz, p. 44.

Serverin, E., (2007), « Le traitement des litiges du travail en droit français et britannique: deux modèles d'intégration des procédés amiables », *RDT*, Dalloz, p.202-206.

Spencer, H., (1892), *L'individu contre l'Etat*, Paris, Alcan.

Statistiques annuelles (1989), « Les procès civils 1986-1987 », La documentation française 1989, n°5.

Supiot, A., (1999), *Au delà de l'emploi, transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion.

Virville (de), M., (2004), *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité.

Weber, M., (1986), *Sociologie du droit*, PUF, Coll. Recherches politiques, trad. J. Grosclaude.

Williamson, O.E., « The Economics of Governance: Framework and Implications », in *Economics as a process: essays in the new institutional Economics*, Richard N. Langlois ed., 1986, pp.171-202.